

△翻 訳△

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』(四)

本稿は、Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4., unveränderte Auflage (1989) © 著者と出版社の承諾にもとづく翻訳である。(但し、前回まづは 3., unveränderte Auflage, 1974 にちゅうした。)

米 山 隆(訳)

目 次

第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態

第一章 題目の限界と意味

第二章 法律学的な原理の力の場としての裁判官による法の形成(以上第一巻四号)

第三章 我々の問いかけの提起としての比較法の意味のために

第四章 普遍的法原理の概念と本性に関する暫定的仮定(以上第二巻四号及び第三巻一号)

第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味(本号)

第五卷 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味

S. 69

一、すべての従来述べてきたところにしたがって、原理の法的性質は与えられた法制度における法発見方法の知識なくしては抽象的に決定されえないとすれば、我々は二つのことをいうことができる。(a)、いかなる原理もそれ自体単に「規範創造的に」はたらくのではなくして、それは承認された秩序関連との結合においてのみ確認的な「力」、あるいは、建設的な価値を持つにすぎないのであり、この関連のなかで原理は一義的な機能を持っている。この関連は公理的な体系のそれであり、この体系は原理に概念的、

S. 70

論理的、あるいは、それ以外に合理的に担保された演繹価値を与えている。その場合、原理それ自体は法律学的に規範体系の教義に高められた部分であり、原理は「規範的に」はたらくのである。あるいは、また、原理というものは、今もなお、ひらかれている裁判官による問題発展の出発点を形成するということができる。そのとき、この形成は伝統的に確定された規範形成方法に信頼しなければならぬし、この方法は拘束する先例、及び、その他の合理的な権威から規範を作りあげることに關する技芸規則の成立の手段によって単純な格率を正確な裁判法の指図に継続的に濃縮することを担保するのである。(b)、二つの場合において、原理が正義と相当性の観点から特殊な法律学的論証の手に届くときにのみ、すなわち、さらに原理の形成のために必要な価値決定が今なおあきらかな政治的目的設定のそれで行くことなくして、固定化した課題の適当な解決の価値決定、あるいは、つねにひとしく限界づけられることができる法的手段をもつ問題の適当な解決のそれであるときにのみ、原理は法的規範形成のために役立つのである。やはり政治的に決定せられるべき課題を持つ原理は「法律学的に」固定化せられることはできない。

ここまで述べたことから、法原理あるいは非法原理であるかどうかの問いかけは体系の問いかけであって、立法者または憲法制定者の恣意なる決定のそれではないということがあきらかであろう。しかし、それでもって、適法な権威がそのような固定化されない原理を規定するとすれば、この原理は要求として実定法の一部であることができるかどうかは決定されないのである。

この問いかけは、自然法的思考と実証主義的思考との間の逃げ道のない原理的に解決不可能な問題性を述べるのではなくして、人々が急いで行う単一判断の代りに事物適合的な区別を行うならば、全く現実主義的に答えられるのである。わずらわしいみせかけの解決は、例えば、各々の原理は、それが実定化される範囲における実定法であるという解答であろう。このことから、原理はどこかで、最終的には、憲法典において、文言化されるかどうかに依存するという一つのことが生ずるのであるが、他のことはそれに反して実定化として法律的に、あるいは、裁判官によって創造された個別的規範または制度における詳細な刻印の形成のみを承認しようと欲するのである。二つとも誤っている。不文の法原理は実定的にもより強いものである。このことは憲法生活においてこそ妥当するのであり、この生活は、成文の原理は政治的むすびつきによって間もなく根本的に変更されるが、しかし、最初の真理は手を触れられないままにとどまるといふことを我々につねに教示している。もちろんのことであるが、後者の最初の真理もまた、つねに必ずしも論争の外にあらなかったのではなかった。しかし、最初の真理は要請から原理への発展を経験しているのである。いふ、最初の真理が制度的に具体化するとともにこの真理はその実定性のための争いを免れた。人々は実定性を議論することなく、人々はこの実定性から出発する。最初の真理は法規と制度の全部の複合、いふ、体系形成、あるいは、法文化圏自体の基礎になっ

ており、これは、最初の真理の承認なくしては全部の秩序の意義が誤りを生ずるのであろうし、また、個別的規定のいかなるものも機能することができないであろうという方法で行われる。したがって、最初の真理は実定法である。それは独立的あるいは分離されうる指図としてではなくして、個々人の内在的な存在条件と機能条件としてである。契約自由の原理は実定的債権法であり、権力分立の原理は——文書にて「確認される」こともなく、裁判所の指図であることもなくして——我々の法域における実定的憲法である。この実定的憲法は二元論の意義における「自然法」ではなくして、事物の法則性による実定法である。人々はここで

BACHOF とともに「実体的憲法」について語ることができる。したがって、憲法のなかにも、実定的に必要として前提された原理であるがゆえに、不文の通用する原理が存在するのである。特定の国家形態の組織基礎は「不文の憲法」であり、この基礎は通常「より高い順位の憲法規範」を描出しており、この規範は二次的規定を「憲法違反」にすることができる。「実体的」憲法概念は、まさに、このような拘束しゆく内在的原理の承認にもとづいている。しかし、このような「不文の憲法原理」は、もしも秩序選択がいちど行われるならば、特定の題材のなかでのこの選択とともに存在する。このことは、選択が一義的でないならば、はじめて困難になる。この選択ということのなかに法原理は一般に存在するのであろうか。BACHOF にとっては制度に条件づけられることのない、また、具体的にあらわされない原理のもとで、この原理は憲法の条文のなかで実定化されるかどうかを目的としていると思われる。⁽²⁰⁾私はこの判断基準を誤解にみちびくものと考える。条文に組み込まれること以外の実体化の形成があり、また、他面において、条文に組み込まれることのみが法の一義的文言化のための担保ではない。このことに関して、このような原理はいかなる単純な指令でもなくして、立法者と判例を「直接に拘束する」(そこで基本権に関して基本法第三条第一項)という憲法制定者の範疇的発言は何物も変更するのではない。なぜなら、立法者はこのような実体的原理をもってなにかあることを始めることができるかも知れない。それを裁判官がすることができるとはどうかは基本法の内容上の明確な決定性に依存するが、憲法上の命令に依拠するのではない。

S. 72

この明確な決定性は、本来不明確な、法的に多義的な原理が現行の公の秩序を示すということによって達成されることができる。同様にしてこのことは基本法第二条においても行われているのであり、この第二条は「人格の自由なる発展」の基本権を、それが「合憲的秩序の枠内で」とつけ加えることによって司法上のものたらしめている。それでもって、実定的(成文及び不文の)憲法は物差に高められるのみならず、わが民法の基本的法原則の全体、契約誠実及び信義誠実から過失責任と債務のための無限人的財産責任に至るまでの全体が物差に高められている。制度的に具体化され、また、すべての文化国家において継受された配分的正義

と交換的正義の原則がつけ加えられるならば、それでもって、さらに、企業利益と企業危険、自由職業等の社会保険義務の問いかけのなかで、再検討しながら司法判断されることが出来る。あの追加なくしてはこのことはできないであろう。

基本法第三条第二項では、我々は、それに反して、実行されない法的な秩序選択の事例を識るのである。ここに明示されている両性の同権の「原則」の規範作用効果は、いったい、どのようにあるのであろうか。

私はこの問いかけのためにそのことに関する小論を寄稿したのであるが、そのなかで、私はあの社会問題のための私の現在の作業の若干の基本綱領を裏切るものにしようにとつとめたのであり、また、したがって、この綱領を私はここで示してよいであろう。⁽²⁰⁾この小論の動因は、論争された、その間に憲法裁判所によってあきらかに明言された基本法第一一七条第一項の憲法適合性であり、この第一項は発生しゆく法の欠缺を顧慮することなくして基本法第三条第二項に矛盾する実体的法規範を一九五三年四月一日に失効させた。私見は、人々は大陸の司法のあきらかな法形成力に面しても欠缺状況における「法的不安定性」に対する心配を誇張しすぎてはならないのであり、他面において、法発見方法の批判的な比較なくして裁判官のつくる法を希望することはできないということであつたし、また、人々は、むしろ、基本法第三条第二項のように憲法原理が「裁判官の決定に服すること」を具体的に審理し、また、その際、次のように分離しなければならないということであつた。

- (a)、現行の成文法を立法的に承認された制度の真の解釈と開かれた発展形成を通して解釈による適応の可能性。
- (b)、裁判官による憲法原理からの制度形成の建設的可能性。

最後の点において、教義学的に演繹することが出来る「同権」概念の固有の意味か、または、それ以外に成果の多い法的な「同権」概念の固有の意味か、いずれかが欠如している。この意味は、「前実定的」法的論拠、例えば「事物の本性」などのたすけをもつて、時代の人生観からはじめて獲得されなければならない。このことが今なお裁判官による課題であるか、あるいは、既に政治的な課題であるかどうかの問いかけは、解釈の事象を詳細に知る際には理由のないことが分かるであろう。不動の教説と判例の形成にいたるまでには相対的な法的不安定性が存立していることはもちろんである。このことはその他の憲法原則においても同様であつた。私は *Schlengerbad* における一九五三年の *Deutsche Zivilrechtslehrtagung* の前での報告のなかでこの種の発展を示したのであり、ここでは学理と実際が憲法概念を、例えば公用徴収概念の徐々に行われる精緻化にもとづいて、はじめて「裁判官の決定に服するもの」としたのであつた。このことは同権概念のもとでも同様に行われる

ことができたということを私は既に存在している文献及びオーストリアとドイツの判例を用いて、そのために説明した。⁽²²⁷⁾ 現実に、我々にこの発展が正確な先例利用の上に残念ながら全くおかれなかった司法に際して支払わせるのは時代の問いかけと犠牲のみである。しかし、「法の混沌」として——私の叙述が及ぶかぎりにおいて——充分な、解説による適応の広さを用いてあの「真空」"Vacuum"の状態は一九五三年四月一日以後いいあらわされることができない。私はこれらの詳述を「聞かれた」さらなる形成という格率をもって終えたのであり、この格率は、我々のみ慣れた教義学的構成が連結を欠如するところではないところで確認されている。すべての法原理のうちの大多数、民法に関する法原理のうちの大多数はこれらの手段、及び、倫理、社会的な確信等の物差、「基準」を頼りとしているが、それにもかかわらず「直接的な」裁判官による評価による利用と注目を要求し、また、経験するということを研究することが残っているままであるといわれるのである。私が上述の講演において長い間使わなかったものをよりどころとしたこの普遍的な現象は次のところで検討されるはずである。

S. 74

一、我々は、原理はそれ自体単に実体的法規の内容を挙示することなくして、実定法であることができることを確認した。⁽²²⁸⁾ しかし、原理の意味は、やはり充分に開かれていくがゆえに、また、法律的な秩序選択は合憲的な闘争においてはじめて実行されうるがゆえに、たとえ原理はわが法の個々の制度とむすびついて明白な指示を与えていないとしても、原理はいかにして存在しているであろうか。原理はそれなくしては事物適合的に理解されない、実定的に承認された個別的なもの「から」でてくるがゆえに、あるいは、原理は実定的な制度が機能するための必然的な前提であるがゆえに、この闘争を必要としない原理が、あきらかに、存在する。実定制度のこの基礎的メルクマールは「必然的」原理、ないし、体系における原理の現実の利用を顧慮して「規範的」原理と名づけられることができる。また、倫理的または政治的性質の要請として実定的な体系のなかへはじめて持ちこまれる原理が存在する。いつか原理は体系のなかで構造的に錨をおろされるように固定させられるが、しかし、手続の論理操作を必要とするのであり、この操作のなかで法的に拘束しゆくものは政治的理想から分離され、また、法原理にその安定性を可能ならしめる妥協は、はじめて、終結させられる。この操作のなかでその理想から法律学的原則が生ずるのであり、この原則は法律要件と法概念の具体化に適している。このような原理は法律学的原理の現実の体系化のなかにはまだ存在するのではなくして、そのつど適切な秩序選択にしたがって、また、現存の利益衝突の実定的な解決にしたがってこの法律学的原理に肉体化されることができるといえるがゆえに、この原理への変形をはじめて必要とするこのような原理は、あのスコラの対概念を補充して、「有用な」原理と名づけられてき

た。

伝統をみずからのために賛同的に、しかし、経験をみずからに反対して否定的に持つ提案は RADBRUCH から源を発している⁽²³⁾。RADBRUCH は「その上必然的な原理を分析的に (KANT の意義において) みられるべき原理に限定しているのであり、また AUSTIN に依拠して、この原理に社会的効用の意義における「有用」以外のすべての他の原理を対立させるのである。私は、はるかに多く、原理を内在的に与えられたものと考えてるのであり、また、いずれにせよ、NELSON が法の「概念」として教えているすべてのものを実定的といわねばならぬであらう。なかなぐく、しかし、卑見では、既に秩序構造のなかへはいりこんだ原理もまた「必然的」である。その理由は、この原理もともにいっしょに考えられるからである。この原理は「規範的に」はたらくのであるから、この原理はどこから歴史的に由来しているのか、また、この原理は、始源的に正鵠をえていたのかどうか、あるいは、誤って理解されたのかどうかは、どちらでもよいことである。この原理は法秩序の重要な部分となった。このようにして、上に述べたことはまた所謂法論理学と特定の体系における法論理学の概念装置とともに存立している。詳細は次に述べるし、また、以下の第五章の五、及び、第六章の六にくわしく述べている。RADBRUCH が、ところで、国家主義的な実証主義のなかにしばしばあらわれる偏狭さを抗議していることは正しいのであり、この偏狭さは「洗練された社会における法のいかなる体系も、あるいは、法のひとつの体系でさえもそれなくしては考えられない」という方法で、人々がみずから放棄することができない原理を一般の原理と考えている。その際には一つの混同がしのびこんでいる。彼は、法構造はそのつど単に歴史的・文化哲学的範疇からのみ比較されるので、また、「われわれの現代でさえ法のすべての概念と法の必要な概念のみを構成することがたしかであり得る法律学的範疇の一覧表を描くことに成功しなかったので」、人々は普遍的に「必要な」法原理をそのつど文化的に「有用」として承認された法原理から物的に区別する試みを放棄しなければならない、と思っている。すこし、ここで RADBRUCH の文化史的相対主義がはなしのなかで語られているかも知れない。しかし、全くたしかに「必要な」原理というまぎらわしい術語は、事物に条件づけられ、また、内在的な法原理と法における他律的に設定された価値原理の限界づけに対する懐疑に共同に責任を負うのである。争う余地もなく「必要な」原理という表現は、それが前提とされた「基本真理」、法的秩序の課題及び限界から出発するがゆえに、一種の自然法的な、いずれにしても非経験的な立場を証明しているのである。それゆえまた今日のアングロアメリカ理論におけるその論争性をも証明している⁽²³⁾。

S. 76

しかしながら、有用な原理の機能の側面から、また、各々の外観ないし表見を避けるために、あたかもそのような賓辭が物的な価値判断を先取りすべきであるように、むしろ「内在的」原理と「啓発的原理」という対表現が推奨される⁽²³⁾。このような、また「定立されていない」原理はその他の実体化が欠如しているので実質的な(我々の言語慣用において、実体的な)法ではなくして、「指針」である。このような原理は立法者を義務づけることはできるが、個々人にとって現実的な法ではなく、その場合、憲法的には指令が語られることができる。⁽²³⁾なぜかといえは物的な指示に必要な決定性が欠如しているからである。しかし、このような原理は裁判官をもまた、憲法原理から直接に実体的な権利を創造することを義務づけることができる。そのことを人々は原則の「現実的妥当」という概念でもって考えている。現実的妥当ということは我々の今日の基本権一般のしるしであり、同様に基本法第六条に際して判例によってあきらかに承認されている⁽²³⁾。この未完成の状態のなかに、今日、また、実定的憲法上の排列によりあきらかに現実的権利と説明された両性の平等権の原則がみられる。問いかねは、このような説明が法律学的決定性の欠如、いな固有の法的秩序選択の欠如を越えて我々のところに到達することを助けることができるかどうかということであるにすぎない。この実定化はじつさい単に形式的実定化であるのみである。原理のより詳細な秩序意味のための議会の闘争、原理を法的に内容にみちた制度へ変形するための議会の闘争は決して終わることはなかった。それゆえ、最初に、欠缺のなかえ歩みこむことができる何物も存在していないのであり、この欠缺は、従来の実体的権利の無効化を例えば、基本法第一一七条一項の適用に際して婚姻法と親子法のなかに残すことであろう。そこから人々は、その効力の前提が今なお欠如している基本法第一一七条一項は、新しい実体的な法がまだやって来ないかぎり、適用されえないという結論をひきだした。

啓発的原理からの規範獲得は、指令の実行と同様に、判例、裁判官の法形成にもゆだねられることができる。しかし、この原理は、その場合、つねに、秩序選択を知らせなければならないし、その選択に従って法律学的に個々のものは形成され、また、この選択は個々の事案におけるこの形成の浮彫りを許容するのである。しかし、このことは、裁判官法の類型的出発点である問題に拘束された原理と反対に、政治的原理においては、はじめから、あてはまらない。これは条文のなかに入れこむことによって異なるものにはならないのであり、このことは既に最も馬鹿げた結論がひきだされた基本法第三條第二項がまさに示しているところである⁽²³⁾。これには根源的な限界づけと目的設定が欠如しているのであり、——また、このことは沿革史において理解されるところのである。政治的権力が原理として確立する要求は政治的権力をもこの権力の責任にもとづいてあきらかな法的指示へ変形すべきであ

S. 77

った。合理的な評価の物差が、司法的に有用な観点、あるいは、体系から「理路整然と」提供される観点と同様に、多数の構成的な解決可能性のために欠如している場合、裁判官が、まさに、立法によって責任をとられるべき破れ目のなかとびこむべきであるということは、公的に創造的な秩序形成から疎外されている裁判官にとって酷である。それゆえ、そのようなことに従事した若干の裁判所は、いかなる物的に生産的な原理も存在するのではなくして、現実的な憲法として確定された要求のみが存在するところでは、古い実体的権利を基本法第一一七条第一項によって廃止されたものとみること、また、個々の原理にもとづく裁判官法を拒否したことは正当である。⁽²⁾ 問題に拘束されるのではなく、また、体系に拘束されていない原理から規範形成への我々の今日の法的論理操作行程の無用さがこれらの若干の裁判所に賛同している。その理由は、これらの裁判所には教義学的に特権を与えられた体系を通しての固有の問題限定もなく、また、価値評価の物差と統御可能性が欠如しているからである。これら裁判所には訴訟経済が賛同するのである。なぜかといえば、法なし客観的な権利を、我々の憲法に従う個々の宣言判決が創造しないであろうし、各々の事案は「その」解決を経験するであろう。けだし、物差、いなそれ以上のことはいっていないのであるが、「原理」の理解しうる内容が争う余地なく欠如しているからであり——結局、長い発展のうちに定着しゆく判例が形成される間までのことである。いかにこの道は概念と「原理」のもとで苦勞の多いものになっているのであろうか、これらの概念と原理は事物に内在的な法の観点から確定されうるのではなくして、適当な秩序選択のための、光り輝く多様な明確に決定していない世界観的——政治的闘争を、やはり、みずからのうちに包含している。しかしながら、この秩序選択に対して、我々の基本権を実質的な権利として承認する必然性と前提成文法の裁判官による変形をあきらかに疑問とする事案においても確証する必然性が反対するのであり、この変形は具體的な法形成の役に立つ方法である。

S. 78

この説明の下す判断のなかで、与えられた演繹関連をこえて彼方にある規範発展のための我々の大陸的方法の分裂した状況とこの方法を手に入れることができないことをいいつくろることが役に立つのではなくして、可能なことを不可能なことから明確に分離すること、また、憲法原理から司法的規範形成を洞察することが役に立つのである。このことに關して、我々は基本法第三条第二項のために、判例のための構成的原理はここで定立されていない、という診断をたてなければならぬ。いかにして、個別的な家族法的制度、あるいは、労働法上の制度が、今や、実定的に新しく形成されるべきであるかということのための支点はどこにもみつからない。組織的にいえば、ひとしく、すべてはひらかれて未解決のままである。実定法のいかなる法的形相をもって認識された目的が使いこなされるべきかということは、例えば、営業を行っている夫婦のもとには財産法上、あるいは、組合法上の要素、

労働法においては公的な労働保護の形式、あるいは、警察上の観点がひきよせられるようには、原理の内容及び立脚点からは推定されることができない。

構成的原理は、憲法原理であり得ないことはもちろんであり、また、基本法第三条第二項はまた構造的にはたらこうと欲するのではなくして、選択的にはたらこうと欲するのである。わが現行法において男女の平等権の表象とむすびつかないものは、分離されるか、または、適応させられるべきである。このことは、基本法第三条第三項と第一一七条とがむすびつけられるならば、とくに、あきらかになる。このことは、しかしながら、この平等原則の「現実的な」力はこの原則とむすびつかないものと思われるすべてのものを単に崩壊させるということの意味するのではない(白紙理論)。私はすでにあげた論文のなかで「適応理論」の必然性と実践性を示してきたのであり、それによって基本法第三条第二項は現行制度の解釈的適応と構造的適応を要求するのである。しかし、この要求は真正の解説可能性を越えた彼方で一般に有効であるかどうか、また、拘束的であるかどうか、ここで問われるべきである。どこから裁判官は構造的思想をとるのであるうか。我々はこの原理を、すくなくとも、新しい法規の到達距離と方向を事案毎に発展させるために利用することができるのであるうか。それ自体から考えて原理はここでもまたその機能をとめるのである。選択基準をあきらかにしない原理は、裁判官に新しい構造のための取っ手を与えないし、また、明らかな限界も与えないのであり、この限界は従来の法の命題を終局的に削除すべきであり、また、他のものを変化した形式のなかでそのままに放っておくべきである。正確にいえば、原理のみではこの回示を与えない。その理由は、「平等原則」と合一化するための詳細な基準、また、合一化しないための詳細な基準は、全く法律学的文化的の基本制度からのみならず、全文化的の基本制度からでてくることができる。立法作業の際、我々には、じつに、前法律学的な法の形成要素へさかのぼることがゆだねられている。また、裁判官もまたこのようなさかのぼることを知っているものであり、すなわち、取引観と取引倫理を指示する範囲において、婚姻法においては、「婚姻に反する容態」、「倫理的」あるいは「正当な婚姻の本質の価値の存在評価」、欲求の「濫用」、「婚姻の本質に一致する生活共同体の回復」などのような白地概念においてそうである。さて、実定的な個別規範自体が白地形式を欠如している両性の平等権の要請のもとで、裁判官は決してこのような規範の「窓」に依拠しないのである。彼は、依拠するとすれば単に立法者のように、同時代人の社会的な価値表象の全体への自由な視線をもつのであり、この表象は伝統によって支えられ、しかも、絶えず新しくされた文化良識に具体的に形を与え、また、現実的な社

会秩序のなかで沈殿するのであり、書かれた憲法は、また、法的にこの社会秩序の部分的表現であるにすぎない。

私は上述の講演において、既に「構成的な」原理はこれらの「法律学を越える」物差なくしては完全にとどまるといふことを述べた。このことは、私が形式的な法規として固有の意義における原理に数え入れようと欲しない白地の指示を持つ所謂一般条項に通用するのみならず、所謂基本思想についても通用するのであり、これは司法が制定法の個別的解決から、また、みずから個々のなから共通なものを求めようとすることから濃縮するのである。この基本思想は、その場合、例えば、失効・権利濫用の禁止・自分の行動に反して振舞うこと・契約上の忠実義務・法取引における信頼保護・取引担保などの原理のように、発展の最後に立つのであって、最初に立つのではない。両者はプログラムに則した原理を顧慮して考えるようにさせる。非実定的な基準と物差のたすけなくしてはそれらはやはりはるかに生産的であり得ないのである。私がそこで語った民法学の原理は他のところで担保された実定的な組織の修正であるが、新しく創造されるべき制度の理由づけの形式ではないということがつけ加わる。

私は、既に存立している立法法規形成、または、司法的法規形成をまとめ、または、一般化する原理を制度的原理と名づけた。これらの原理は裁判官による決定に服するのである。なぜかといえば、それらが具体化される制度は実定法の具体的形相と評価を叙述しているのであり、そこから裁判官は規則正しく結論をひきだすことができる。そこでは我々はやはり解説の領域にいるのである。しかし、この領域は、条文の実証的な尺度、また、条文の理性の実証的な尺度、あるいは、優位性の実証的な尺度、また、その理性の実証的な尺度がでつくしたならば、終るのである。中心思想あるいは原理は、それが制度的に具体化される範囲において、解説できるものであるにすぎない。換言すれば、不当利得原理、過失原理、あるいは、履行補助者の原理、何人も主張することを聞くことに過失はない、我々が普遍的法思想として民法第一六二条から推定する原理、これらすべては、この制度的な承認の範囲においてのみ、また、この承認の力で、直接に現行法である。これらは裁判官による法形成の方法で実定法の新しい制度をうみだすことができる。事案は軍団のように多数である。私は民法第一六二条に具体化された思想の到達距離を SCHIEDERMAIR⁽²³⁾ の労作において思いだしたのであり、私は、更に、代理権の狭い形相から推定された、全契約法のなかの、所謂信頼原理に言及した。ここにおいて、狭い範囲からの原理は、それが具体的な個々の事案から出発してできうるだけ多くの事案のための普遍的な原理をめざす詭弁から、あるいは、法律の条文から、新しい実証的な制度形成のための啓発的原理として外にむかって歩みだしたのである。また、ここで、我々は司法的な法の発展形成の有名な事案を

みずからの前に持つのである。債権法にだけとどまるために、JERING の契約締結上の過失を固有の秩序概念に仕上げることから OERTMANN の行為基礎の文言化にいたるまで、我々は原理を持つのであり、この原理の発見は、法律要件と効果のますます正確な教義学的な把握と優越的な境界づけを通して小さくなるのではなくして、単に確認されるにすぎないのである。

しかし、このような啓発的原理、あるいは、私がその当時名づけていたように、開発的原理は、それが論理的に可能な構成方途のもとで、「法政策的に」透明な価値観にもとづく選択をなさしめる場合にのみ司法の判断に服するのである。論理的なものが強制的に必然的であることは、我々の法典編纂時代の党派思考のなかでのみ確信力を持っている。その間、多くの原理は、しかし、すでに、概念的な演繹関連の外部に立っているものであり、この関連は我々の法課題のために、もはや、必要なものを提供しない。ここで、その場合、原理を司法に服せしめるのは、もはや、教義学的——概念的に実りゆたかであることではなくして、実存しゆく普遍的な確信あるいは基準のために事物の論理、合理性の普遍的な直観のために、あるいは、特定の構造的解決を要求し、正当化し、また、再検討可能ならしめる事物の本性の普遍的な直観のために、原理が引用する価値評価物差の一義性である。再検討可能ならしめるものは、具体的な個々の事案から出発してできうるだけ多くの事案のための普遍的な原理をめざす詭弁術、及び、教義学が個別的な解決を普遍的な文言化、規則、あるいは、ルールに高めたとき、はじめて行われるのはもちろんであるが、このルールは規則にしたがう再検討を法律学的として許容するのであって、単純な法政策的なものとして許容するのではない。また、このことは、各々の法律学的新形式がその存在のはじめに支払わなければならない法的安定性に関する関税である。

問題に拘束された、具体的な個々の事案から出発してできうるだけ多くの事案のための普遍的な原理をめざす詭弁術は、このような原理または一般条項の枠内において、あきらかに、ひらかれて、優越的に進行しゆく、ケース・バイ・ケースの論証の特長を保っているけれども、現代の法典編纂思考において、既に述べたように、多数の、本来「開かれたままで」発見された原理は我々の概念装置へ完全に融合されたか、あるいはまた、この体系のなかでの島として蔽いかぶされたので、これらの原理は、我々にとって制定法の真の部分になっていたのである。ここにおいて、我々は、その場合、いわば独立的な演繹価値をもつ原理を我々の前に持つと信ずるのである——我々の民事法教義学の公理。しかし、我々が、問題思考の我々の概念公理論への大きい突破として経験している利益法学は——「利益」とは、じつに、古典的修辞学の意義における真の観点である——技術的概念思考の際にもまた物的な問題意味を透明にしたのであり、また、法論理的構成をその結果価値に縮減した。一

面において、教義化された、あきらかに実用主義的な法原理、すなわち、論理的な演繹価値を持つ公理と、他面において、問題に拘束された、事物論理、常識及び公序良俗との間の距離は、我々の体系において、絶えず、小さくなっている。⁽²³⁾我々は、今日、私的自治・契約自由・契約忠実・契約紐帯の債権法原理の順位に関する公理でさえも、その事物内在的な限界と訂正（法の許容性・法的原因・対象の適法性・取引倫理・信義誠実などのような客観的基準に従う解釈）なくしては真理に一致しないということを知っている。この公理もまた、そのおりに、単に特定の利益保護の面を保証するが、この特定の面は、それ自体、原理の間を時代にあわせてい道をとっている現代に意味のある法意識に服するのである。これらの現実的解決は、すなわち、必然的対極性をもつ教材的な公理を通して、やはり、決定されるのではない。裁判官は時代観念に従い、この観念はこれらの範疇的な原理の間で実証的な場所を定め、また、法典のなかにも不完全にのみ沈殿しているのである。「原理」は、どんな場合でも解決の輪郭線であって、決して解決それ自体ではない。この輪郭線は反対に作用する形式である。「意思原理」が必ず当事者の保護をその意思形成の自由及び義務負担の自由のなかで表現するとすれば、信頼原則は取引の保護を代表する同様に、成立に瑕疵のある契約を取消す「原理的」可能性、あるいは、裁判によって解消させる「原理的」可能性は、取引保護の利益によって操縦され、この利益は第三者を顧慮して、また、終局的につくりだされた、すなわち、物的法状態を顧慮して契約の解消可能性とその効果の、同様な、原理的制限を要求する。取引保護の利益は、しかし、あの最初の原理に対して、適当な論理操作の方法・手段によって、ならびに、正しい危険の分配、標語的には「信頼利益の喪失による損害」によっても理性的に抵抗する。最高の権利保護目的の対立性は、要するに——このことを我々は、一方では、両性の平等原則における、一見して非常に不透明な状況のために注目しなければならない——いたるところでより多くの原理の両極的な緊張関係を条件づけるのである。教義学的・建設的な思考において既に法概念はこの対立を顧慮しており、なぜかといえば、この法概念は既に技術的に固定化された形態において、問題に固有の、いいかえれば、問題のもつ秩序課題と必然的に結合した衝突問題の具体的なりあえず行う前提選択を含んでおり、この衝突問題は特殊歴史的な解決から独立している。

すべてこれらの理由から裁判官が人倫的、また、常識的観点のあの基礎へ遡ることは、各々の法原理を援用する際における普遍的現象である。この遡ることは司法性に瑕疵があることの徴候ではない——このような基礎が一般に存立するかぎりにおいてそのようにいえることができるのであり、この基礎は「事物の本性」⁽²⁴⁾「衡平」及び「自然の理性」に従う価値判断を上述の「問題的思考」として述べられた方法で許容し、また、保証するのである。私は、あらためて、この基礎は、そのつど法思

考を決定する宗教史的影響と哲学史的影響によって形成されているということを強調する。我々は、ここで、単に三つの、アリストテレス的——ストア的——キリスト教的な伝統に帰りゆく、また、それ以来一般的に承認された思考方法のみを範疇として性格づけたのであり、この範疇のなかで前法律学的価値承認判断と非司法的原理が真正の法評価へ移転することが典型的に実行される。それは、事物の本性・自然の理性、衡平及び所謂法論理学の根本概念であり——後者、すなわち、法論理学の根本概念は、それが図式的な演繹であるのみならず、法概念のなかに保存された事物論理と評価をうつしているかぎりにおいて、そうである。法論理学は、じっさい、あの認識的役割を演ずることができなかったし、この論理学は、最終的に、評価と正義の決定を反映しなかった。このことは評価にふさわしく「保たれた」概念から出発するのみならず、目的思考と論理的方式の絶えざる平行を通じて行われるのであり、この方式は法的に適當しているものを単純化して思考に必要な確認として描出するのである。技術的法概念は、その教材的な取り扱いが長い発展の終結を形成するのであるが、固有の価値をいいあらわしているのではない。技術的法概念のもつ記号価値を誤認する世紀の変り目の概念法学においては、どこでも、また、決して、この概念は恣意なる思いつきの道具ではなくして、いたるところで立法的独裁に対する自然の事物関連の保護者である。この概念は以前に概念的に括弧に入れられた法思想を決して代表するのではなくして、法の規定、格言、格率のなかへつつみこまれた法思想を代表する。この「思想」が、じっさい、いつわりの伝統を持つということは、決定的に意味のあることではない。これらの方式のうちのいくつかにつき前世紀のロマニイステイクは註釈学派及び後期註釈学派を通じてこれらの方式の「誤り」の証明をもたらしたのではなかった。人々が条文の単純な歴史的な権威から出発しようと欲するならば、単なる註釈学派のこのような思いつきを普通法的真理として前提した民法法教義学は不安定な基礎の上に立つてあらう。

さて、この点に関して我々は我々の「原理」のもつ苦しみを発見する。すなわちあたかも我々は、今日、我々の関連疑問の問題解決を事前に形成し、また、裁判官法形成に手が届くようにさせることができる一般的な社会秩序意識がなくてすむことができるように思われるかも知れない。このことをまさに基本法第三条第二項の建設的利用の推薦者はおそれていることはあきらかであり、彼等は、それゆえ、司法的原理を実定的意識において、いいかえれば、建設的意義において働かせたいと思うのであり、この司法的原理をもってこの文化意識を顧慮することなく特定の個別的解決は一般に現行法として理由づけられることができるのであらう。特定のイデオロギーにもちろん拘束されることのない裁判官は、それゆえ、彼の視線を狭い法律家的視線から彼の国の文化的伝統へ、また、彼の民族の現代的生活感情へ高めることを決して妨げられないのである。このこと

は、裁判官は下位決定者として両性のふさわしい関係についての表象の統計学的多数意見を、単に家族法においてだけでなく、裁判官自身によって定められている。しかし、この創造的指導役割は、その側で社会的意識の機能であつて——国家イデオロギーの機能ではない。この国家イデオロギーは欠如しているかも知れない、いな、政治的世界像は破壊されるかも知れない。そのことは裁判官の作業を妨げない。民主主義的社会秩序の典型的類型はもちろん——ほとんどの場合我々はそれをもはや思いだすことはできないと思われる——国家イデオロギーと同質の社会観もまた同時に欠如している典型的類型ではない。また、法原理の典型的類型は民主主義的憲法において特定の政治的イデオロギーに根拠づけられているのではない。

しかし、社会的な力は、裁判官が彼の時代の倫理規則として、また、常識として注意しなければならない全く優越的、また一義的な新しい方向づけを示すところでは、ただ一つの——また全く根源的な——法課題が存在するにすぎない。すなわち、普遍的な社会的意識のなかに生きている文化的伝統を保持することである。法と司法は、その課題によれば、安定しゆく、保ちゆく——すなわち、「保守的な」権力である。法と司法は、改革が伝来したものに反対してつらぬかれる範囲においてのみ、それに従い、したがって、「進化の最少限」を正統化するのである。この最少限はまた新しい憲法の高邁な綱領文章についてもあてはまるのである。革命的革進でさえも第一期の疾風怒濤期以後、古い法意識の伝統にむすびつくことができ、また、法的情意と文化の継続性を否定しないこの程度の改革にさかのぼらなければならない。このような継続性は裁判官職においては、法規におけるよりもさらに強く、最高の命令である。大陸の民法が知っている最も広い裁判官の全権でさえ、すなわち、有名なスイス民法第一条第二項はこの継続性を前提している。なぜかといえば、スイス民法第一条第三項は、「彼は、その際、(彼が立法者としても支持することができる規則の定立の際) 確認された教説と伝承に従う」とつけ加えている。⁽²³⁾「確認された伝承」は最後の現実的基礎であり、これがない場合、イデオロギー的な無人島において終りゆく法曹意見はその形成力を相反対する方向に向う「世界観的」傾向に対して発展させることができる。

我々が以上のことを承認すれば、我々はその原理の「司法性」に関する我々の決定の到達距離全部をみるのであるが、この原理はいかなる立地点をも法律学的原理のなかに、また、社会的原理のなかにも所持していたのではなくして、この両者をはじめ裁判官全体から取得すべきである。裁判官は現代的な法的確信の肯定と法律学的印刻のためにかつて引き受けられ、た答責を再び放棄することはできない。裁判官には、それゆえ、私の上述の論文の最後に述べられた格率、すなわち、第一の

ことは害を与えないことである、保護すべき財産を特定目的を達成するための原則によってではなくして、現実性と確定された伝統の価値によって衡量すること、新しい形成を法の全体系のなかで機能できるものに限定すること、維持された形成にむすびつくこと、及び、先例を現実には確定した判例のために利用する厳格な規程をまもることが通用する⁽²³⁹⁾。これは、単純な解釈作業に対するより大きな答責によって条件づけられている裁判官によってつくられた法のなかでの各々の「ひらかれた」法形成の格率である。

だから、ここにいう我々の場合にこそ、我々は、各々の解釈を越えでる新形成の課題が設定されているということをあきらかにしなければならぬ。じつに、規範的に有効な原理にもとづいて現代的な新しい婚姻法、夫婦財産法、親子法等が単に「発見」されるにすぎないのではなくして、解説できることを越えた彼方に新形成の課題が存在するのであり、このために憲法原理は物差も構成手段も提供するのではないし、また、この課題は裁判官に今までに存在していない法意識を示すのである。このことは、一つの原理の司法的実定化一般にこそ関係するという普遍的な表象のもので、この実定化はそれ以外の場合にもあらわれるのであるが、あまりに容易にみおとされるのである⁽²⁴⁰⁾。

次のことがつけ加えられる。我々の法域において実定化は判決それ自体を通して行われるのではない——判決はその既判力作用のなかに存在するのであるが、いかなる拘束的な先例をも形成するのではなく、いかなる適法な權威を持つものでもなくして、法形成的に、単に、継続的な決定系列のなかでの、ゆっくりと承認をみつめゆく「絶えざる判例」の一部としてのみ作用するのであり(裁判官による慣習法)と名づけるのは誤りである⁽²⁴¹⁾、この判例は適法な權威を所持するのではなくして、制度的な權威を所持するのである。しかし、蛇行する運動のこのような経過は、個々の事案にそって、また、具体的な事物適合的な正義の極とあきらかな規則のなかでの定着した規則形成の極との間で、安定にいたるまで、この経過は多くの力と時間とを消費するのである。無数の訴訟は少数のリーディングケースへの注目されていない合唱であり、しかも、規則の発展にとつて規則と同様に重要であり、この規則にもとづいて、問いかけ、例えば、新しい法律的な夫婦財産制の形成が検討吟味される⁽²⁴²⁾。このようにして、何が個々の事案において「法」であるかということから、当事者及び債権者の多くの危険と犠牲ののちはじめて「法」、すなわち、事案思考のぶかっこうさから徐々に解放された司法的法規範が生ずる。

あの値段があまりに高いかどうかは、主として法的安定性という進路に依存するのであり、この進路は二律背反的な「至上の法的価値」の表の上で特定の文化の時代と特定の社会の時代と交じあっている。RADBRUCHの時代においてもやはり、すな

わち、WEIMAR 憲法のもとにおいて、我が国でもまた「適法な確実性」が争うことのできない最高の原理として位置していた。さらに、今日のヨーロッパは、政治的安定性が欠如していること、また、政治的な立法権の瑕疵をこれらの法的価値を移転することを通じて補償することにつとめているのであり、それは、今日のヨーロッパが問題思考に関して発表した裁判官法を、残念ながらコモン・ローの伝統と特権なくして承認するということによるのであり、——また、このことは、イギリス——アメリカの法域がこれらの伝統と特権を一片ずつ社会的に計画しゆく制定法によって崩している同じ時点において行われている。⁽²⁸⁾

我々の最初の、原理からの裁判官による制度形成の前提の洞察によれば、我々は、各々の法律学は教義もしくは、判例、及び、その専門家的な利用に依拠しているということ、——すなわち、スイス民法第一条第三項の意義における教理と伝統への体系的もしくは問題的な結合に依拠しているということを確認しなければならないのであり、これは、この結合が政治的な憲法上の要求から実体的な制度を具体化すべきであるという仮定の場合においてである。その無心さによってこの要求が、しばしば、「倫理的勇氣」と「決定のよろこび」の問いかけとして肯定されるということは、状況のみの緊急さと混迷さからのみあきらかにされるのではなくして、司法による共通法形成のための、事実的な、歴史的な、また、方法論的な前提を、今日、大陸的に過少評価すること、また、価値を「原理」から区別することが欠けていることにさかのぼってゆくのである。我々の公理的に要求がましい民事法思考は、単なる制定法適用の幻想、また、仮想的に、つねに、存在すると思われる法理を純粹に論理的に利用しつくすことの幻想、及び「自由な探求」の方法で「法の」原理から法を創造する宿命的な幻想の間で揺れている。法教理の体系のなかで、あるいは、判例的に拘束された、また、論証して進歩しゆく決定系列の方法のなかで姿をあらわしている社会的意識とその伝統の形成力がなくとも、このような「創造」は主観的な意見の任意な表現にのみ至ることができにすぎない。⁽²⁹⁾法律学的に「司法に服すること」という意義において我々はよくいわれるメルクマールにしたがって合理的に再検討可能である手続だけに言及することができるのである。なぜかといえば、この手続は一義的な理由づけの関連を示しているからである。公理的な演繹可能性をみずけることは、したがって、裁判官による問題発展の手続きのための方法的な固定化を増大することを条件づける。このことは我々に、じつにスイス民法第一条第二項による「自由な」法発見のために考察された、しかしまた我々のもとに存立する傾向を理解させるのであり、この傾向は体系に疎遠な新形成を我々の法域に公的に知られていない先例の看護を通して保護するのである。自由な法発見のための

S. 85

各々の「指図」が教理と先例の現実の形成要因と結合要因のために単に「榮譽ある地位」を許与するならば、この指図はこの法発見にとって幻想にとどまるといふ事実は、我々を強制して、いかなる法的性質をあの事実上確定された、つねに、顧慮された、裁判官による法形成の技法法則は持つかといふことを問ひかけさせるのであり、この法則は、裁判官が法原理と普遍的法思考を閉ざされた体系の外部で「なんらかの方法」あきらかに形成しなければならぬのではなくして、科学と教理の規準にしたがって形成しなければならぬように、彼を拘束するのである。なぜかといえば、我々が「無用の法源論の破片を道から取り除かなければならないことが——この破片を裁判官が援護物として使用したがるところでも」たしかであればあるほど、いかなる種類の拘束が司法的な法形成の本質に今まさに属するかといふことを、我々が以前から比較法的に確定したならば、この作業は、はじめて、祝福ゆたかなものでありうるということは、たしかである。

このことは「不文の憲法原理」の承認についても通用することであり、その多層性を、最近 H. J. Wolf, Münster が、その上にあげた研究において調べた。ここで自然法的な秩序要求の「普遍的な法原則」は政治的沿革を持つ「憲法を形成しゆく基本決定」と出会うのである。両者には憲法裁判所の判決行為にいたるまで実定的形態と通用の法規範的性質が欠如している。原則の種類に従って判決権能のすべての分肢において実行されるこの変形事象は W. によっても現実の法源としてみられていないことはもちろんである。彼にとってこそ Fries 及び Nelson によってあきらかにされた単に法原理の「制限しゆく性質」は最も根源的な種類の内容的演繹を許容するのであるけれど、彼は、むしろ、「自然法的」最高の法原則を——「普遍的」最高の法原則ならびに「特殊的」最高の法原則——「最高順位の法源」への「法原理からの演繹」自体として説明している(37ff.)。

事実、このような最高原則の主張された法源たる性質は、普遍的でなく、特殊なだけで多くの事案に適用できる法発見の方法と教理への実定化過程の立場と条件を顧慮することなく「通用する」客観的法として公布されるならば、それは全く漠然としたままでとどまらなければならない。自然法の命題は Wolf によれば破られない通用する効力をもつことはもちろんであるが、「第二次的」効力のみを持つにすぎない。これらの命題はその他の法源を排除しようと「欲する」——すなわち、それらだけでは「一義的回答」を与えることはできないので、欲しても排除することはできない (ebda, 47)。実証的な体系のなかでこのようなうちきられないで個別的に存在する自然法群団の通用する効力は制定法思考からみて法律学的な不思議

であるであらう。⁽²⁰⁾我々の時代が一時的にこのような不思議をも信ずることができるということは、課題の真剣につきだまされてはいないのであり、この課題は、そのもとにおしこめられた自然法の命題の真の効力根拠を裁判官の宣言とその到達距離において意識させるのであり、しかもそれとともに、このような法源事象の機能条件に追従することである。

以上のことは WOLFE によって名づけられた「憲法を形成しゆく基本決定」と事情は異なることはないであり、この決定は「最高の」憲法原理、部分的には、不文の憲法原理の形成のなかで、ひとしく既に具体化以前に、いな「指導理念」としてこれらの表現化、すなわち、法源の背後に存在すべきである。それは、もちろん、時間のない自然法としてではなく、「支配的な力の世界観と人生観の表現」としてである (ebda, 49)。憲法を形成しゆく基本決定は憲法全体からの帰納的推論により通用すべきであり、なかつく、この決定が明示されないままに個々の規律の基礎になり、また、そのなかでいいあらわされる場合である。この「帰納的推論」、「法源」としての承認及び実定的造形は、したがって、一方では、単に「法発見のまた、法適用の機関」に帰属する。⁽²¹⁾その場合、しかし、この法源に関しても創造的な判決のもつ權威に対する関係は問いかけられる価値のあるものであり、この判決は法源を「帰納的推論手続」において自己責任的に「法源の具体化から」分離し、いな、万一の場合には、法源が「しばしば」既に「直接に生きて」いることができる「普遍的な意識からも分離するのである。さらに以下の N. II. 154 ff 及び一三七頁以下を参照せよ。

(21) より詳しくいえば法律学的思考の手段に関してもいうことであり、それはまた法律学外的評価を実行することに役立つかぎりにおいてである。法律学外的評価は一般に法律家の事柄ではないということを一九世紀の概念主義のみが信じてきたにすぎなかったのであり、定着した法倫理的、また社会倫理的な評価作業が法倫理的演繹の象徴主義のもとにかくされたままにとどまっていた。解説的経過における、また発展的形成の経過における上述の実体的評価の普遍的観点こそは前法律学的评价を虚偽とする実証主義的禁止を罰している。しかし、裁判官のために設定された課題は、決定をじつに、このような法律学的 topic の枠のなかでの正義と事物適合性の観点にしたがって許容しなければならぬ。この topic は、したがって、秩序の問いかけを含まなければならないし、この問いかけは法「政策的」に設定された目標から、今や、法理性のために概念推論的に到達しうるものであり、それはその法理性の内在的問題性とそれを自由に使いこなすことは法的相当性の問いかけを形成するということと同じである。

(22) 前者は法律実証主義のより古い立場であり、後者は社会学的実証主義の立場である。社会学的実証主義は、「実証的」とは公布を通しての法律でもなく、また、公布の際に思われた法律の条文の把握の意味における法律でもなくして、それを今日的に解釈することのなかにある法律あり、また、全部の司法的にこのような解釈することのために創られた装置を持つ法律であるということを正しくみている。法律の条文の把握

は、今なお、文言に忠実に変らないままに存在しているのである(「書物のなかにある法」)。「現に働いている法」は、今日、ドイツ民法典に通用していることであり、実務、しかも、今日の実務はそれを通用しているのであるが、一九〇〇年の実務はそれを通用していないという意味を与えている。

(16) ここで、その上、我々がこのような根源的な原理の作用の仕方を説明しようと欲するならば、誤って取り扱われた言葉「統合」が登場する。しかし、この言葉は何の役に立たない。我々は構造原理あるいは建築原理について語ることができるが、それは教理的要素も、政治的要素もあるいは、それ以外の事物にそぐわない要素がここに導入されるのではなくして、ただ単に分析的な判断が実定的に通用する個々の指示と個々の法的な慣行の始源的な秩序関連につき交付されるということが単に依然としてあきらかであるままにすぎない場合に限定されるのである。原理というものは、ここでは、ある偶然的にむすびつけられたことのための単に法発見的な概念、あるいは、教説概念ではなくして、特定の課題と問題性のために行われた法素材秩序全部における機能の鍵(「生命」)である。それゆえ何故、個々の規範が「原理に遡らざれ」なければならぬのかという問にかけは(SIMONIS [N. 24] 256)、物的に対象のないものである。この問いかけは各々の制度の秩序関連への教授用の導入と、このみ正当化されるにすぎない。

(17) 違憲的な憲法規範(Recht und Staat, Heft 163/164 (1951)).

(18) Vgl. dazu auch E. v. Hippel, Ungeschriebenes Verfassungsrecht (Veröff. d. Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 10 [1952] 1 ff.) und KRUGER ebda. 63 ff.

(19) Vgl. S. 45: 制定法を越える法が書かれた憲法規範へ形を変えることを通して実定法化されないが、人々がじっさいそれを(書かれなく)「憲法」に数え入れることができるかどうかは疑問があると思われるかも知れない——Zur Anwendung des “übergesetzten” Rechts vgl. ebda. 31.

(20) Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht: JZ 1953, 521 ff.

(21) Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsbildung aus Prinzipien. Vgl. die Inhaltsangabe in AcP 153 (1954) 167.

(22) U. a. RAISER, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, Zges HR 111 (1948) 75 ff. und BOETTCHER, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht: R. d. Arbeit 6 (1953); öst. BVG zu Art 7 I öst. BV. Slg. 651, 1426 und 1526.

(23) 市民の「基本権」に関する憲法原則は実定法であり、(それらはこの明記なくしてもそうである)しかも、ワイマール憲法と反対に今日の法であり、立法者のための単純な拘束ではない。それらの憲法律は実体的な法規であり、議会制民主主義の組織原理は今日の法ではない——それにもかかわらずその基本権と同様に実定的憲法規範である。Vgl. BAHOFF (N. 217).

(24) N. I. 88a, 532.

(25) a. a. O. 533.

(26) 例えは、AUSTIN (Lectures [I-IV] に対して例えは STONE (N. 54) 67 ff. を参照せよ。

(227) この対立概念はイタリアのIPRRの教理のなかにも提案された。Vgl. namentlich (Aco, Lezioni di diritto internazionale (1943) 61 ff. und SPEDURTI, L'individuo nel diritto internazionale (1950) 7/8.

(228) 別異の意味でフランスの一般の法理論は“directive”という学術語を使っている。Vgl. MAURY, Observations sur les modes d'expression du droit: Règles et Directives: Recueil Lambert (Introduction à l'étude du droit comparé) I, (1938) 421 ff. “Directive”はここでは立法上の技術であり、すなわち、我々が一般条項、白地規定などと呼ぶものすべてであり、“Standards”を含むものであり、したがって、法律要件の形成の放棄をとまなう実体的規範であり、あるいは裁判官のより拡大された裁量的な力をともなう実定的、実体的規範である。この規範は裁判官による法形成の原型であり、この形成は問題に条件づけられた論証の立法的に承認された自由の範囲内においてである。ここで裁判官は法律学的意義において問題をあきらかにする力により、また、承認された法的基準または社会的基準の力により、それ自体単に「空虚な」指示を実体をもって充たすところのカズイステックを発展させる状況のなかにあるのである。

(229) Vgl. 2. B. BCHZ 6, 360 ff. スイスの連邦憲法裁判所が無視しているスイス憲法の個々の原則のためのスイスのイギリス地帯における最高裁判所法廷のより古い伝統を参照せよ。——スイス憲法の第四六条第二項の二重課税の禁止——これは実務であり、アメリカの観察者をしてスイスにおいて裁判所は、「政治的」としていつあられされるかも知れない規範を除いて、普遍的な「解説者」であるという、たしかに急ぎ過ぎた判断にさそいかけるのである。So RICE, The Position of International Treaties in Swiss Law: 46 Ann. J. Int. L. 641.

(230) 刑法においてのみでなく（刑法一七五条は今や「憲法違反」であるか？）また国際私法において（一方的にむすびつけることはもはやないのであるか？）驚くべき「推定的帰結」が聞かれることができた（そのためには NEUHAUS: JZ 1952, 523 ff.）労働法においてもまた（保護規定の調整、男が女性の職業紹介をすることを許すこと、助産婦秩序にしたがって承認されていない産科医に男を許すこと、協約法について全く黙秘すること）最も奇妙な逆推論が支持を得るのである。婚姻法上及び夫婦財産法上の「作用効果」のためには、なかなかすぐ DÖLLE の以下の N. 231 の論文を参照せよ。

(231) So das OLG Frankfurt a/M., Beschl. v. 22. 4. 1953, NJW 1953, 746, das LG Gießen v. 18. 4. 1953, JZ 1953, 281 ff. und andere LG-Entscheidungen der letzten Zeit, zusammengestellt bei PATSCHKE: BB 1953, 490, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000, 1001, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1020, 1021, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1050, 1051, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1076, 1077, 1078, 1079, 1080, 1081, 1082, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088, 1089, 1090, 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181, 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203, 1204, 1205, 1206, 1207, 1208, 1209, 1210, 1211, 1212, 1213, 1214, 1215, 1216, 1217, 1218, 1219, 1220, 1221, 1222, 1223, 1224, 1225, 1226, 1227, 1228, 1229, 1230, 1231, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1241, 1242, 1243, 1244, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249, 1250, 1251, 1252, 1253, 1254, 1255, 1256, 1257, 1258, 1259, 1260, 1261, 1262, 1263, 1264, 1265, 1266, 1267, 1268, 1269, 1270, 1271, 1272, 1273, 1274, 1275, 1276, 1277, 1278, 1279, 1280, 1281, 1282, 1283, 1284, 1285, 1286, 1287, 1288, 1289, 1290, 1291, 1292, 1293, 1294, 1295, 1296, 1297, 1298, 1299, 1300, 1301, 1302, 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1318, 1319, 1320, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1326, 1327, 1328, 1329, 1330, 1331, 1332, 1333, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1340, 1341, 1342, 1343, 1344, 1345, 1346, 1347, 1348, 1349, 1350, 1351, 1352, 1353, 1354, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359, 1360, 1361, 1362, 1363, 1364, 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1376, 1377, 1378, 1379, 1380, 1381, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1390, 1391, 1392, 1393, 1394, 1395, 1396, 1397, 1398, 1399, 1400, 1401, 1402, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1420, 1421, 1422, 1423, 1424, 1425, 1426, 1427, 1428, 1429, 1430, 1431, 1432, 1433, 1434, 1435, 1436, 1437, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442, 1443, 1444, 1445, 1446, 1447, 1448, 1449, 1450, 1451, 1452, 1453, 1454, 1455, 1456, 1457, 1458, 1459, 1460, 1461, 1462, 1463, 1464, 1465, 1466, 1467, 1468, 1469, 1470, 1471, 1472, 1473, 1474, 1475, 1476, 1477, 1478, 1479, 1480, 1481, 1482, 1483, 1484, 1485, 1486, 1487, 1488, 1489, 1490, 1491, 1492, 1493, 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1499, 1500, 1501, 1502, 1503, 1504, 1505, 1506, 1507, 1508, 1509, 1510, 1511, 1512, 1513, 1514, 1515, 1516, 1517, 1518, 1519, 1520, 1521, 1522, 1523, 1524, 1525, 1526, 1527, 1528, 1529, 1530, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542, 1543, 1544, 1545, 1546, 1547, 1548, 1549, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 1556, 1557, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563, 1564, 1565, 1566, 1567, 1568, 1569, 1570, 1571, 1572, 1573, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582, 1583, 1584, 1585, 1586, 1587, 1588, 1589, 1590, 1591, 1592, 1593, 1594, 1595, 1596, 1597, 1598, 1599, 1600, 1601, 1602, 1603, 1604, 1605, 1606, 1607, 1608, 1609, 1610, 1611, 1612, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623, 1624, 1625, 1626, 1627, 1628, 1629, 1630, 1631, 1632, 1633, 1634, 1635, 1636, 1637, 1638, 1639, 1640, 1641, 1642, 1643, 1644, 1645, 1646, 1647, 1648, 1649, 1650, 1651, 1652, 1653, 1654, 1655, 1656, 1657, 1658, 1659, 1660, 1661, 1662, 1663, 1664, 1665, 1666, 1667, 1668, 1669, 1670, 1671, 1672, 1673, 1674, 1675, 1676, 1677, 1678, 1679, 1680, 1681, 1682, 1683, 1684, 1685, 1686, 1687, 1688, 1689, 1690, 1691, 1692, 1693, 1694, 1695, 1696, 1697, 1698, 1699, 1700, 1701, 1702, 1703, 1704, 1705, 1706, 1707, 1708, 1709, 1710, 1711, 1712, 1713, 1714, 1715, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1722, 1723, 1724, 1725, 1726, 1727, 1728, 1729, 1730, 1731, 1732, 1733, 1734, 1735, 1736, 1737, 1738, 1739, 1740, 1741, 1742, 1743, 1744, 1745, 1746, 1747, 1748, 1749, 1750, 1751, 1752, 1753, 1754, 1755, 1756, 1757, 1758, 1759, 1760, 1761, 1762, 1763, 1764, 1765, 1766, 1767, 1768, 1769, 1770, 1771, 1772, 1773, 1774, 1775, 1776, 1777, 1778, 1779, 1780, 1781, 1782, 1783, 1784, 1785, 1786, 1787, 1788, 1789, 1790, 1791, 1792, 1793, 1794, 1795, 1796, 1797, 1798, 1799, 1800, 1801, 1802, 1803, 1804, 1805, 1806, 1807, 1808, 1809, 1810, 1811, 1812, 1813, 1814, 1815, 1816, 1817, 1818, 1819, 1820, 1821, 1822, 1823, 1824, 1825, 1826, 1827, 1828, 1829, 1830, 1831, 1832, 1833, 1834, 1835, 1836, 1837, 1838, 1839, 1840, 1841, 1842, 1843, 1844, 1845, 1846, 1847, 1848, 1849, 1850, 1851, 1852, 1853, 1854, 1855, 1856, 1857, 1858, 1859, 1860, 1861, 1862, 1863, 1864, 1865, 1866, 1867, 1868, 1869, 1870, 1871, 1872, 1873, 1874, 1875, 1876, 1877, 1878, 1879, 1880, 1881, 1882, 1883, 1884, 1885, 1886, 1887, 1888, 1889, 1890, 1891, 1892, 1893, 1894, 1895, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909, 1910, 1911, 1912, 1913, 1914, 1915, 1916, 1917, 1918, 1919, 1920, 1921, 1922, 1923, 1924, 1925, 1926, 1927, 1928, 1929, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941, 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 2680, 2681, 2682, 2683, 2684, 2685, 2686, 2687, 2688, 2689, 2690, 2691, 2692, 2693, 2694, 2695, 2696, 2697, 2698, 2699, 2700, 2701, 2702, 2703, 2704, 2705, 2706, 2707, 2708, 2709, 2710, 2711, 2712, 2713, 2714, 2715, 2716, 2717, 2718, 2719, 2720, 2721, 2722, 2723, 2724, 2725, 2726, 2727, 2728, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740, 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, 2747, 2748, 2749, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2761, 2762, 2763, 2764, 2765, 2766, 2767, 2768, 2769, 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775, 2776, 2777, 2778, 2779, 2780, 2781, 2782, 2783, 2784, 2785, 2786, 2787, 2788, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2800, 2801, 2802, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816,

(323) Hierzu im einzelnen das folgende Kapitel.

(234) 法典編纂の構築それ自体において、ますます実体的価値原理と構築原理の同一性は証明されてあきらかになる。その理由は、後者はたしかに特定の法政策的目的の設定の表現であり、前者は、それに反して、特定の技術的構築を含んでいる。保護目的ないし価値選択と教義的構造との間の不調和は、周知のように、当該の法の形相の、重大な韻を踏まない不合理と異常に至るのである。一般に、事物の論理は抵抗してゆく歴史的構造に際しても相当な制度的形態をかちとっている。公示性、質権限定主義、順位主義などは事物の論理の原理であり、この原理はその教義学的性格を物権法において取得してしまったのであり、それは、質権の附従性に対してもそうであった。公示性、物権限定主義、順位主義はいわば盲目に機能しているのである——我々は、公理的性格は事案毎に利益状態にしたがって、すなわち、問題の内容にしたがって身元を確認することを学んできたのであるけれども、個々のことは以下の第九章。

(235) Vgl. oben S. 47 ff.

(236) So z. B. Dollé (N. 231) 353 ff. (355), 例えは現行法として親子法のために演繹される構成的につくりだされた個別的解決を参照せよ (S. 360)。それに反して夫婦財産法 (S. 358 ff.) の価値判断に注意せよ、この価値判断は将来の司法による形成を奨めることに限定される。

(237) 人々は、それゆえに、はじめから改革の提案を基礎づけるために Gallusystem にしたがって事実を問い合わせる現代的方法を引用することから目をそらしていた。しかし、例えば財産、状態の実際の選択にとって、この補助手段は充分に示されているであろう。私が鼓舞激励した Mainz の Dissertanten, ALBRAND の著作, Eine Enquête zur Reforme des eheichen Güterrechts が AcP 152 (1953) 373 に要約されて公開されている。

(238) 文化史的遺産の伝統の意義におけるこのむすびの実際の意味につき Du Pasquier (N. 19) 及び meine Bespr. (N. 69) 169 を参照せよ。MEIER-HAYOZ ebda, 174 のための meine Bespr. における ZGB の草案のこの一章句の始源的に独立的な法源の意味のための示唆をも参照せよ。

(239) JZ 1953, 526.

(240) ZWIEGERT もまた同様であり、彼は、その註釈, Gleichberechtigung—judge made? JZ 1953, 248 において躊躇なく、case law-method に対する対比に関係するにすぎないという承認から出発しているものであり、この case law-method は judge-made law を原理から、すでにばやく、働かせているのである。しかし、case law は歴史的に引きつがれた政治的干渉から自由なクマインレヒトの形成 Gemeinschaftsbildung である。その原理は、我々がこれから見るであらうように、問題に拘束され、また、法律学的に構成されている。Statute law が計画して干渉するところでは、この原理は無効である。政治的になされた秩序選択の目的設定は、それらの側では、自律的であり、いかなれば、支配命令からのみ、解釈されるべきである。裁判官法形成の伝統、その規程、また、問題において発展させられた普遍性の原理は支配命令にとっ

ては縁遠いままにとどまっている。個々のことについては以下の第二章七を見よ。

(241) それらの法の制裁は、なかななく、公証人の責任義務のなかに示されるのであり、彼は当事者の相談の際定着した判列を無視するのである。

彼の見解は“law in the books”（書物のなかにある法）によれば正鵠をえているかも知れないが、“law in the action”（現に働いている法）に反対する彼の非妥協性は技術上の失敗である。このテーマのためのさらなることは以下の第七章を見よ。

(17) Dazu meine Abhandlung JZ 1953, 521. そのなかで私は、カズイスティシュナ（少数の特殊から普遍的なものをひきたそうとする）新しい形成を注意深く真正の解釈の実定的可能性から分離している。

(18) Naheres unter in Kap. VII, 2 und in meiner Bespr. zu GLANVILLE L. WILLIAMS, Joint Torts and Contributory Negligence: Rabels Z 18 (1953) S. 751.

(19) 規範は「そこに」存在するものでもなく、また、自由に「創造される」ものでもなくして、いたるところで、今日の事案正義、また、今までに認識された目的設定の Interdependenz から「規制」として新しく全体的に統合される。自由と拘束のこの合同作用のために法論理の公理的思考が存在し、また、先例からの問題に拘束された法的理由づけは機能的に価値を等しくする担保である。

(20) Vgl. meine Bespr. von WILBURGS Rektoratsrede: Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, in Rabels Z 18 (1953) 165 (167)

(21) 同様に (N. 19) にあげたスイス民法典第一条第二項のための Du PASQUIER と MEIER-HAYAOZ の調査の一致する成果。Ebenso ZWIEGERT, Juristische Interpretation: Studium Generale (1954) 380 (385).

(22) So meine Fragestellung in der Bespr. a. a. O. 174/175.

(23) 前掲書。人々は我々の個々の判決の大膽的な自由のもとで、先例拘束なくして、「動く体系」(ebda, 167) の計画を遂行でき、むしろ WILBURG の表象に反対して一七五を。

(24) N. I 36.

(25) それゆえ、多くの法典編纂の注意深い継受のありきたりの文言 (Vgl. unten S. 148) すれば、しかしながら、一つの原理の司法的実証化事象にもまたその原理の法的性質にも影響を与えることができない。

(26) WOLFF, ebda. そのかぎりでは、歴史的解説の推運のもとにある五一、それに反して一二三頁以下、一七六頁以下のもとで Vgl. auch Kap. XII, 5 u. 6.